Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

VI.

Einige proceßrechtliche Erörterungen.

Von

Herrn Prof. Dr. Fuchs
in Marburg.

I.

Zur Lehre von der Stellvertretung im Proceſſe.

Die Stellvertretung gehört zu denjenigen Inſtituten des gemeinen Proceſſes, welche bis zu ihrer heutigen Geſtaltung mehrfache Entwicklungsſtadien durchlaufen haben.

Im römiſchen Proceſſe waren für das Repräſentationsverhältniß die civilrechtlichen Grundſätze über Stellvertretung bei Obligationen maßgebend, und ſelbſt die ſpäteren Modificationen, namentlich die Geſtattung der actio judicati utilis und die Rückübertragung des dominium litis auf den Mandanten im Laufe des Rechtsſtreites, zeigen, daß immer und nur zwiſchen den perſönlich vor dem Prätor als Litiganten aufgetretenen Perſonen durch die Litisconteſtation eine Obligation begründet worden iſt.

Hierin wurde weder durch das kanoniſche Recht noch durch die italieniſchen Juriſten etwas geändert. Erſt die deutſche Praxis beſeitigte das dominium litis und bildete die Prokuratoren zu vollſtändigen Repräſentanten ihrer Mandanten um. Allein manche mit dem obigen Grundſatze in Verbindung ſtehende Beſtimmungen des römiſchen Rechts, welche in die ſeit Ende des 15. Jahrhunderts in den einzelnen Territorien erlaſſenen Gerichtsordnungen und in die Theorie mit übergegangen waren, werden noch heut zu Tage von den meiſten Proceſſualiſten als gültig anerkannt,

obwohl sie zu der gänzlich veränderten jetzigen Stellung des Prokurators im Rechtsstreite nicht mehr passen.

Die Praxis hat auch in vielen Ländern, obwohl deren ältere Proceßordnungen noch viele dieser Bestimmungen recipirt hatten, in richtiger Erkenntniß ihrer Unvereinbarkeit mit dem jetzigen Verfahren diese Bestimmungen außer Acht gelassen.

Einzelne derselben sollen den Gegenstand dieser Ausführung bilden.

I. Ist jetzt noch ein defensor zulässig?

Nachdem der Prätor Prokuratoren im Rechtsstreite zugelassen hatte, mußte jede Partei es sich gefallen lassen, daß an der Stelle des Gegners ein Dritter mit ihr die Litiscontestation vornahm und dadurch in ein contraktähnliches Verhältniß zu ihr trat. Diese Verpflichtung, mit einem Andern als dem eigentlichen Gegner zu streiten, war jedoch nur unter den beiden Voraussetzungen gerechtfertigt, einmal daß durch Cautionen den Nachtheilen vorgebeugt werden mußte, welche durch das Eintreten des Dritten in den Proceß dem Gegner erwachsen konnten, und dann, daß der Prokurator seine Ermächtigung zur Führung des Rechtstreites dem Gegner nachwies. Beiden Erfordernissen mußte auch der Regel nach der Stellvertreter des Klägers genügen, von dem zweiten wurde dagegen bei dem für den Verklagten auftretenden Dritten abgesehen und der Kläger mußte sich mit diesem in den Rechtsstreit einlassen, auch ohne daß die Zustimmung des Verklagten zu dieser Uebernahme des Processes vorhanden war. Diese Besonderheit hatte in einer als dringendes Bedürfniß anerkannten Vorsorge für einen abwesenden Verklagten ihren Grund. [1])

Dem Kläger, der für den Fall des Obsiegs durch die geleisteten Cautionen des Defensors gedeckt war, mußte der Nachweis des Mandats gleichgültig sein, der abwesende Verklagte dagegen entging, wenn der Defensor dieses Nachweises überhoben war, der missio in bona und deren Folgen. Die daraus erwachsenden Nachtheile wurden als so bedeutend erachtet, der Vortheil dagegen, welchen das Auftreten des Defensors dem Verklagten

1) Fr. 33. §. 2 de proc. 3, 3: Publice utile est, absentes a quibuscunque defendi.

gewährte, war so offensichtlich, daß, während sonst jedes unberufene Einmischen in die Besorgung fremder Vermögensangelegenheiten zum Nachweise der utilitas verpflichtet, im Falle einer defensio der Defensor nicht nur dieses Nachweises bei seiner Regreßklage überhoben, sondern auch lediglich für dolus tenent war.[2])

Diese Begünstigung des Regreßanspruchs machte einerseits die Uebernahme des Processes für einen abwesenden Verklagten unbedenklicher, andrerseits mußte sie den letztern bewegen, selbst das condemnatorische Erkenntniß (und damit die Proceßführung) anzuerkennen und zu befolgen, wenn er dem Defensor nicht einen dolus nachzuweisen vermochte. Namentlich gilt dieß von einer ergangenen pronuntiatio und dem damit verbundenen arbitratus, dessen Befolgung der Verklagte dem Ersatze der aestimatio litis vorziehen mußte. Hatte dagegen der Defensor dem arbitratus genügt, so mußte aus gleichem Beweggrunde, um dem Ersatze der aus der sonst verwirkten cautio de rato vom Defensor zu leistenden aestimatio zu entgehen, der Verklagte von der Klage auf Restitution der Sache gegen den vorhinnigen Kläger abstehen. Hiernach war sicher in den meisten Fällen der Erfolg des Processes der nämliche, mochte ein bevollmächtigter oder ein nicht bevollmächtigter Vertreter des Verklagten dem Kläger gegenüber getreten sein.

Der Grundsatz, daß für den Verklagten ganz allgemein ein auch nicht bevollmächtigter Dritter zugelassen werden und rem in indicium deduciren könne, blieb auch im spätern Römischen Rechte bestehen, weil der Kläger das Recht auf missio in bona behielt und damit das Motiv für jenen Grundsatz bestehen blieb.

Diese Vorschrift ging gleichfalls in die deutschen Proceßordnungen des 16. Jahrhunderts[3]) über und wurde ebenfalls von

2) Fr. 3 §. 9 de neg. gestis 3, 5: Interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit, dolum solummodo versari; — nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris, aequissimum esse, dolum duntaxat te praestare. Quae sententia habet aequitatem.

3) Vgl. z. B. Mainzer U. G. O. v. 1534 Tit. Von Anwälten und Momparn; Cölner Reformation von 1538 Tit. Von Procuratoren; Würtenberger L. R. von 1555 und 1567 I, Tit. Von Personen, die jemandt ohne Gewalt in Recht vertretten mögen; Solmser L. R. von 1571 I, 11. §. 8; Frankfurter Reformation von 1509 p. V und 1578 I, 6 §. 10.

den Proceſſualiſten dieſer und der folgenden Zeit allgemein anerkannt[4]), wie dies auch die meiſten Neuern thun[5]). Die abweichende Anſicht Bethmann-Hollwegs[6]), dem ſich auch Hefftер[7]) angeſchloſſen, halte ich jedoch für die richtigere, wie ſie auch in der Praxis vielfach befolgt wird.

Zunächſt wird durch die Litisconteſtation jetzt nicht mehr ein contraktliches oder contraktähnliches Verhältniß zwiſchen den Streittheilen begründet, und, was man mit jenem Ausdrucke bezeichnet, iſt nach der theoretiſch allerdings nicht gerechtfertigten Begriffsbeſtimmung der Praxis nichts weiter als die einſeitige Erklärung des Verklagten über die Wahrheit der Klagthatſachen. Sodann werden die Parteien durch ihre Vertreter vollſtändig repräſentirt und die Handlungen der letzteren ſo angeſehen, als wären ſie von den Parteien ſelbſt vorgenommen. Demzufolge wird ſtets die Proceßrubrik auf die Parteien und nicht mehr auf die Prokuratoren geſtellt, eine formelle Anerkennung, daß nur jene mit einander litigiren. Nur ihnen gegenüber werden die proceßleitenden Verfügungen erlaſſen, gleichermaßen die Erkenntniſſe, wodurch auch materiell anerkannt wird, daß alles Vorbringen ihrer Vertreter als eigenes Vorbringen der Streittheile zu betrachten ſei, und nur gegen die letzteren richtet ſich die Exekution des Endurtheils.

Aus dieſen proceſſualiſchen Grundſätzen folgt zweierlei, eine Berechtigung der Parteien und eine Pflicht des Richters.

Die erſtere beſteht darin, daß, wenn der Rechtsſtreit als lediglich zwiſchen den Parteien geführt betrachtet werden ſoll, auch jede derſelben verlangen kann, daß ihr entweder der Gegner perſönlich oder an ſeiner Stelle nur ein ſolcher Dritter gegenüber tritt, deſſen Handlungen jener wie ſeine eignen gelten laſſen und als ihn ver-

---

4) Vgl. z. B. Gobler gerichtl. Proceß S. XIV (in der Frankfurter Ausgabe von 1536); Ummius Disp. 3, 6; Martini Comm. for. 7. §. 3. n. 28—29.

5) Linde, Lehrb. §. 136; Schmid, Handb. I, §. 80; Bayer Vortr. 8. Aufl. §. 124; Wetzell Syſt. I, §. 9.

6) Verſuche S. 242 N. 164.

7) Syſtem §. 183.

bindende betrachtet wiſſen will oder zufolge geſetzlicher Anordnung (wie der Mündel die des Vormundes) anerkennen muß.

Ebenſo iſt der Richter, da er jetzt lediglich den Parteien Recht zu ſprechen hat, verpflichtet, in ganz gleicher Weiſe darauf zu achten, daß nur dieſe oder an ihrer Statt nur ſolche Vertreter vor ihm handeln, bei welchen jene Vorausſetzungen vollſtändiger Repräſentation vorhanden ſind. Wie darf er die Proceßrubrik auf die Parteien ſelbſt ſtellen, an dieſe ſeine Verfügungen richten, dieſen gegenüber das Enderkenntniß fällen und exequiren, wenn er nicht weiß, daß deren Handlungen eigne oder ſie gleich dieſen verpflichtende Handlungen Dritter ſind?

Tritt insbeſondere der vom Kläger gegen den Verklagten gerichteten Klage gegenüber in deſſen Abweſenheit ein Dritter als Defenſor auf, ſo weiß der Richter grabezu, daß dieſer ohne Wiſſen und Willen des Verklagten handelt. Behält er alſo die der Klage gegebene Richtung für die nachfolgenden Handlungen bei, ſo entſcheidet er den Proceß ohne Gehör des Verklagten. Iſt dieß Urtheil ein condemnatoriſches, ſo fehlt es dem Kläger ſowohl als dem Richter an jedem proceſſualiſchen Mittel den Verklagten zu einer Erklärung darüber, ob er die Proceßführung des Defenſors ratihibiren will, zu nöthigen. Die Exekutionsinſtanz kann ohne Zweifel nur gegen den Defenſor auf Grund ſeiner cautio iudicatum solvi eingeleitet und von hier an müßte jedenfalls die Rubrik auf ihn neu geſtellt werden.

Conſequent müßte dieß aber auch ſchon früher geſchehen; denn, will man den römiſch-rechtlichen Grundſatz über die Zuläſſigkeit des Defenſors noch beibehalten, ſo muß man auch die an dieſe Proceßübernahme im römiſchen Proceſſe geknüpften Folgen auch jetzt noch eintreten laſſen.

Die Litisconteſtation mit einem Defenſor war und wirkte wie eine privative Interceſſion; der Verklagte ſetzte einer nochmaligen Klage die exceptio rei (adversus defensorem) in litem deductae bezw. iudicatae entgegen und die actio iudicati ging lediglich gegen den Defenſor.[6])

---

6) Fr. 2 §. 5. ad SC. Vell. 16, 1; fr. 11 §. 7 de exc. rei iud. 44, 2; fr. 28. 61 de proc. 3, 3.

Alle dieſe Wirkungen können in unſerm jetzigen Verfahren nur ſo erreicht werden, daß beim Auftreten eines Defenſors der Kläger ſeine Klage gegen den Verklagten fallen läßt und dieſelbe Klage, mit geſtützt auf die Interceſſion des Defenſors gegen dieſen neu erhebt, oder, was gleichfalls zuläſſig wäre, daß nach erklärtem Verzichte des Klägers auf Fortſetzung der Sache gegen den Verklagten im nämlichen Proceſſe gegen den Defenſor, unter Umſtellung der Rubrik, grade wie bei einem ſucceſſoriſchen Eintreten in den Rechtsſtreit, fortgefahren würde. In keinem dieſer Fälle iſt aber dann der Defenſor Vertreter, ſondern ſelbſt Partei und es würde die Lehre vom Defenſor im Syſteme der Lehre von der ſucceſſoriſchen Theilnahme am Rechtsſtreite angereiht werden müſſen.

Es fragt ſich indeſſen, ob der Kläger verpflichtet iſt, ſich wider ſeinen Willen in jener Weiſe einen andern Gegner ſtatt des Verklagten aufdrängen zu laſſen. Aus mancherlei Gründen könnte ihm dieß ſehr nachtheilig ſein. Man denke nur an die Beweisinſtanz. Den zugeſchobenen Eid würde der Defenſor den Glauben nach leiſten können, während der Kläger deſſen Annahme oder Ableiſtung Seitens des Verklagten nicht zu befürchten hätte. Wichtige Zeugen würde der Kläger wegen deren perſönlichen Beziehungen zum Defenſor nicht benutzen können, während ſie dem Verklagten gegenüber zuläſſig wären. Iſt die angeſtellte Klage eine rei vindicatio oder Publiciana, ſo muß der Kläger entweder ſich mit der aestimatio litis begnügen, oder einer Gegenvindikation des Verklagten gewärtig ſein, auf welche noch ein dritter Proceß gegen den Defenſor aus der verwirkten cautio de rato folgen könnte.

Meines Erachtens iſt jetzt eine ſolche Verpflichtung des Klägers und die darin liegende Beſchränkung des Rechts, lediglich mit dem Verklagten zu ſtreiten, nicht mehr anzuerkennen. Der Grund iſt der, daß das Motiv, welches im römiſchen Proceſſe dieſer Verpflichtung zu Grunde gelegen hat, jetzt längſt weggefallen iſt. Die missio in bona wird gegen den abweſenden Verklagten nicht mehr erkannt und es treffen dieſen jetzt nicht mehr die mit jener verknüpften Nachtheile. Unſere Ediktalcitationen in öffentlichen Blättern erreichen bei dem Umfange und der Raſchheit ihrer Ver-

breitung jetzt viel leichter und öfter ihren Zweck und der Verklagte kann, wenn er auf diesem Wege Kenntniß von der Klage erhalten, durch die jetzigen vermehrten und erleichterten Communikationsmittel für Beschaffung eines Vertreters Sorge tragen, welcher dann etwa schon eingetretene processualische Nachtheile mittelst Restitutionsgesuchs zu beseitigen vermag. Daneben wird auch der Grundsatz in der Praxis befolgt, daß, wenn von einem noch nicht bevollmächtigten Dritten Umstände dargelegt und bescheinigt werden, welche den Mangel der Vollmacht entschuldigen, vom Gerichte die Handlung einstweilen zugelassen und eine Frist bestimmt wird, binnen welcher bei Strafe der Nichtberücksichtigung dieser Handlung der Vollmacht nachzuliefern ist. Wird dagegen der Proceß vollständig durchgeführt und entschieden, ohne daß der Verklagte Kunde davon erhält, so bleibt ihm doch noch später das Rechtsmittel der Restitution auf Grund seiner Abwesenheit gegen das ergangene Urtheil.

Bei dieser durchgreifenden Abweichung des Verfahrens gegen abwesende Verklagte vom römischen ließe sich auch jetzt nicht mehr behaupten, daß der Defensor ohne Nachweis der utilitas seinen Regreß gegen den Verklagten nehmen und dieses Anspruchs nur im Falle eines dolus verlustig gehen könne. Damit fiele auch jetzt der Anlaß für den Verklagten hinweg, ein condemnatorisches Erkenntniß anzuerkennen.

Man muß hiernach in Uebereinstimmung mit einer verbreiteten Praxis folgende Sätze auch theoretisch anerkennen.

Ein Defensor im römischen Sinne des Wortes ist jetzt nicht mehr als Stellvertreter des Verklagten zu betrachten.

Der Richter darf ihn im Rechtsstreite nicht zulassen. Nur wenn er als reiner Vertreter des Verklagten handeln will, den Mangel der Vollmacht in genügender Weise entschuldigt und diese nachzuliefern verspricht, kann der Richter einstweilen seine Handlung zulassen und ihm eine Frist zur Vorlage der Vollmacht anberaumen. Die Versäumung derselben hat die Nichtberücksichtigung der von ihm vorgenommenen Handlungen und die Verurtheilung zum Ersatze der durch sein Auftreten im Processe dem Kläger entstandenen Kosten zur Folge, und der Proceß nimmt gegen den Verklagten seinen Fortgang.

Mit Zuſtimmung des Klägers kann er den Proceß ſelbſt übernehmen. Alsdann muß jener die Klage gegen den Verklagten fallen laſſen und die Rubrik wird auf den Dritten umgeſtellt.

Dieß iſt jedoch nur möglich, wenn der Gegenſtand des Rechtsſtreites eine derartige Uebernahme geſtattet, alſo nicht z. B. bei einer auf Abbitte u. ſ. w. gerichteten Injurienklage, eben ſo wenig bei einer rei vindicatio oder actio Publiciana; denn entweder iſt der Dritte im Beſitze der Sache, dann iſt er hierdurch ſchon paſſiv legitimirt, oder er iſt nicht im Beſitze, dann fehlt es an einem faktiſchen Erforderniſſe für die Klage.[7])

II. Iſt noch jetzt das ſ. g. mandatum praesumtum zuläſſig?

Von der zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten herrſchenden Regel[8]), daß für den Kläger nur ein durch Vollmacht oder Kraft ſeines Amtes zur Vertretung autoriſirter Dritter zugelaſſen werden könne, beſtand ſchon nach dem prätoriſchen Edicte eine Ausnahme, indem gewiſſen Perſonen auch ohne Nachweis jener Vorausſetzungen zu klagen verſtattet wurde.

Dieſe Perſonen wurden nur als negotiorum gestores betrachtet[9]) und ſie deducirten nicht rem in litem.[10])

Erſt die etwaige ſpätere Ratihabition des dominus hat die rückwirkende Kraft, daß res retro in iudicium deducta videtur.[11]) Der Grund jener Beſtimmung war ohne Zweifel der, daß ihr nahes perſönliches Verhältniß zum Kläger erwarten ließ, dieſer

---

7) Als fictus possessor, qui liti sese obtulit könnte der Dritte nicht behandelt werden, da weder er ſich für den Beſitzer ausgibt, noch der Kläger, welcher von vorn herein den Verklagten als den wahren Beſitzer kennt und belangt hat, jenen für den Beſitzer hält.

8) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 220.

9) Fr. 3 §. 3 iud. solvi 46, 7: Quod enim iis agere permittitur edicto Praetoris, non facit eos procuratores.

10) Fr. 27. pr. de proc. 3, 3: — sed haec ita, si mandato domini procurator egit; ceterum, si mandatum non est, quum neque in iudicium quidquam perduxerit, nec tu ea comprobasti, quae invito te acta sunt, tibi non praeiudicant. Deßhalb ſind ſie auch nicht in fr. 11. §. 7 de exc. rei ind. 44, 2. unter denjenigen aufgeführt, aus deren Perſon dem Kläger die exceptio rei iudicatae opponirt werden kann.

11) Fr. 56 de ind. 5, 1.

werde ihre Proceßführung selbst bei ungünstigem Erfolge des Rechtsstreites nicht desavouiren und entweder nachträglich ausdrückliche Vollmacht ertheilen oder ihre Handlungen ratihabiren. Deßhalb konnte der Verklagte diese Präsumtion durch den Nachweis beseitigen, daß aus besondern Gründen im vorliegenden Falle eine solche Anerkennung nicht zu erwarten sei[12], was dann die Zurückweisung jener Personen zur Folge hatte. Der Zweck der Bestimmung war dagegen sicher hauptsächlich der, die Wahrung der Interessen abwesender Kläger in Verfolgung ihrer Ansprüche zu ermöglichen. Es konnte nicht bloß eine Klagverjährung verhindert und dadurch dem Kläger das Nachsuchen der Restitution erspart, sondern es konnte auch von Vortheilen Gebrauch gemacht werden, die ohne dieß verloren geblieben wären, z. B. von der Benutzung des forum originis oder contractus gegen einen anderswo domicilirten Schuldner, der sich in Abwesenheit des Klägers zufällig im Gerichtssprengel aufhielt.

Durch die Zulassung von solchen negotiorum gestores erlitt der Verklagte keinen Nachtheil. Erging ein condemnatorisches Erkenntniß, so hatte nicht der negotiorum gestor die actio iudicati, sondern lediglich der dominus, der durch ihre Benutzung die Proceßführung ratihabirte, ebenso wenig die actio ex stipulatu, wenn der Verklagte noch besonders cautio iudicatum solvi hatte leisten müssen.[13] Lautete dagegen das Erkenntniß absolvirend, so schützte den Verklagten die geleistete cautio de rato, wenn der dominus nachher selbst klagte und ein verurtheilendes Erkenntniß erwirkte.

Der Regreßanspruch des negotiorum gestor gegen den Kläger ist freilich nicht so begünstigt wie der des defensor gegen den

---

12) Dieß ist der Sinn des fr. 40 §. 4 de proc. 3, 3: In his autem personis, in quibus mandatum non exigimus, dicendum est, si forte evidens sit contra voluntatem eos experiri eorum, pro quibus interveniunt, debere eos repelli. Ergo non exigimus, ut habeant voluntatem vel mandatum, sed ne contraria voluntas probetur, quamvis de rato offerant cautionem. Diese Stelle gab die Veranlassung zu der unrichtigen Bezeichnung mandatum praesumtum.

13) Fr. 28 de proc. 3, 3; fr. 3 §. 3 iud. solvi 46, 7.

Verklagten und deßhalb iſt auch nicht dieſelbe indirekte Nöthigung zur Ratihabition für den Kläger vorhanden. Deßhalb wurden aber auch nur ſolche Perſonen als negotiorum gestores zugelaſſen, deren nahe perſönliche Beziehungen zum Kläger eine ſolche Ratihabition präſumiren laſſen.[14])

An dieſen römiſch-rechtlichen Beſtimmungen änderten die italieniſchen Juriſten nicht nur Nichts, ſondern fügten vielmehr noch die clerici in causa ecclesiae suae hinzu.[15]) Gleichermaßen gingen ſie unter mehr oder weniger vollſtändiger Aufzählung der berechtigten Perſonen in die deutſchen Gerichtsordnungen[16]) und in die Theorie über.[17])

Auch jetzt halten die meiſten Proceſſualiſten die Vorſchriften des römiſchen Rechts über das ſ. g. mandatum praesumtum für noch anwendbar[18]), während Bethmann-Hollweg auch hier ſich gegen die Zuläſſigkeit ausſpricht.[19])

Geht man von dem Grundſatze aus, daß jetzt nur die Streittheile entweder perſönlich oder durch einen Dritten vollſtändig vertreten in ihren Proceſſen handeln können, dann halte ich es für unmöglich, die römiſchrechtlichen Beſtimmungen über die Proceßführung des präſumtiven Prokurators rein zur Anwendung zu bringen.

---

14) Nach c. 2 de cons. plur. lit. 3, 40 wurden auch Litisconſorten nach der Litiscontestation ohne Vollmacht für den abweſenden Streitgenoſſen zugelaſſen. Hier ließ deſſen ſachliches Intereſſe die Ratihabition vorausſetzen.

15) Tancredus ord. iud. I, 6 §. 1; II, 16 §. 1; Durantis Spec. iur. I P. 3 de coniuncta persona.

16) Heſſiſche G. O. v. 1497 c. 6; Wormſer Ref. v. 1497 I, 19; Mainzer U. G. O. v. 1534 Tit. Von Anwälten u. Momparn; Cölner Ref. v. 1538. Tit. Von Prokuratoren; Würtemberger L. R. von 1555 und 1567 I, Tit. Von Perſonen, die jemand ohne Gewalt in Recht vertreten mögen; Solmſer L. R. von 1571 I, 11 §. 7; Frankfurter Ref. von 1578 I, 6 §. 8—9.

17) Gobler a. a. O. S. XIIIb; Ummius l. c.; Martini l. c. n. 39 sq.

18) Vgl. Linde, Bayer, Schmid, Wetzell a. a. O. u. Heffter §. 183. N. 118.

19) A. a. O. S. 242.

Dieſen zufolge iſt derſelbe ſelbſt in dem beſchränkten Umfange, in welchem die Stellvertretung möglich war, nicht Vertreter des Klägers. Nur dann, wenn der dominus nachher ratihabirte, hatte dieß die juriſtiſche Fiktion zur Folge, als ſei jener von vorn herein Prokurator geweſen. Wenn man es heut zu Tage für zuläſſig halten wollte, daß der präſumtive Anwalt die Klage ausweislich ihrer Rubrik als vom Kläger angeſtellte einbringe, wenn man den Verklagten für verpflichtet hielte, gegen den Kläger zu excipiren u. ſ. w., und ebenſo den Richter, ſeine proceßleitenden Verfügungen an den Kläger zu richten, und dieſem gegenüber den Verklagten zu condemniren oder zu abſolviren, ſo würde man Etwas als ſchon geſchehen hinſtellen, deſſen Eintritt nach römiſchem Proceßrechte zwar als wahrſcheinlich präſumirt, aber doch immerhin noch abgewartet wurde, nämlich die Ratihabition des Klägers.

Selbſt die Zuſtimmung des Verklagten zu dieſer Proceßführung durch den procurator praesumtus wäre hier ohne alle Bedeutung, indem dadurch eine Verpflichtung des Klägers zur Anerkennung der Handlungen des präſumtiven Anwalts nicht herbeigeführt würde.

Mit Recht hat deßhalb die Praxis in manchen Ländern die Grundſätze des römiſchen Rechts über das ſ. g. mandatum praesumtum für nicht mehr anwendbar erklärt.

Wo dagegen noch die im römiſchen Rechte bezeichneten Perſonen als procuratores praesumti zugelaſſen werden, darf dieß doch meines Erachtens nur dergeſtalt geſchehen, daß die jetzigen Grundſätze über Stellvertretung im Proceſſe nicht verletzt werden.

Es muß nämlich bei Anſtellung der Klage der Mangel der Vollmacht durch Beſcheinigung der Abweſenheit des Klägers und einer Gefahr auf dem Verzuge (z. B. bei Anſtellung einer Arreſtklage) genügend entſchuldigt werden. Hiermit iſt der Antrag auf Geſtattung einer Friſt zur Nachlieferung der Vollmacht und die Sicherſtellung des Verklagten durch Cautionsleiſtung zu verbinden. Der Richter betrachtet alsdann vorläufig den präſumtiven Anwalt wie einen wirklich legitimirten und beraumt die gebetene Friſt an. Wird innerhalb dieſer Friſt die Vollmacht nicht eingeliefert (oder

vom Kläger neben Ratihabition der voraufgegangenen Handlungen der Proceß selbst oder durch einen bevollmächtigten Dritten nicht fortgesetzt), dann muß die Klage zurückgewiesen und der präsumtive Anwalt zum Ersatz der dem Verklagten verursachten Kosten verurtheilt werden, deren Entrichtung durch Bestellung der Caution gesichert ist.

III. In wieweit streitet noch heut zu Tage die eine Partei nicht mit der andern, sondern lediglich mit deren Stellvertreter?

Eine Folge des Grundsatzes, daß der Stellvertreter heut zu Tage die Partei vollständig repräsentirt, ist die, daß lediglich die Parteien selbst als mit einander streitende Personen angesehen und vom Richter behandelt werden. Dieß ist indessen nur dann der Fall, wenn die Vertretungsbefugniß dem Richter nachgewiesen und vom Gegner nicht angefochten wird. Sobald ein Streit darüber entsteht, ob der als Stellvertreter aufgetretene Dritte dieß auch wirklich sei oder noch sei, dann wird dieser Streit lediglich zwischen dem Gegner und diesem Dritten geführt und ist demgemäß vom Richter zu leiten und zu entscheiden.

Der Grund hiervon ist der, daß nicht die Partei, sondern in ihrem Namen lediglich der Dritte persönlich und direkt dem Gegner im Processe handelnd gegenübertritt und daß die Befugniß zu dieser Thätigkeit von der bestehenden oder fortbestehenden Vertretungsbefugniß abhängt. Die Bestreitung dieser letzteren bezweckt stets, daß der Dritte unter Nichtberücksichtigung seiner Handlungen aus dem Processe entfernt werde, und, wenn dieser Zweck erreicht wird, dann influirt dieß auf den Rechtsstreit selbst in verschiedener Weise, je nachdem der Dritte für den Kläger oder für den Verklagten aufgetreten war.

Ein interessanter Rechtsfall, welcher vor einigen Jahren vor einem Untergerichte in Kurhessen verhandelt worden ist, mag als Beleg dienen.

Der Oekonom A übergibt seinem Sohne B sein Immobiliarvermögen vermittelst Ansatzvertrags, in welchem zugleich festgesetzt ist, daß B seinen Geschwistern C und D nach deren vollendetem 30. Lebensjahre die Abfindungssumme von je 1000 Gulden herauszahlen solle.

C wandert nach Amerika aus, indem er den E mit der freien Verwaltung seines gesammten Vermögens beauftragt.

Einige Jahre nachher bleiben plötzlich, während bis dahin die Brüder B und C in lebhaftem Briefwechsel gestanden, alle Briefe des ersteren unbeantwortet und er erfährt von einem zurückgekehrten Auswandrer, daß dieser seinen Bruder C an gefährlicher Krankheit darnieder liegend verlassen habe.

Nach Eintritt des Zeitpunkts, von welchem an die Zahlung der Abfindungssumme für C fällig war, erhebt E auf Grund seiner gerichtlich beglaubigten Generalvollmacht im Namen des C gegen B Klage auf Entrichtung der 1000 Gulden.

B hält es für wahrscheinlich, daß sein Bruder C bereits längere Zeit vor Anstellung der Klage verstorben sei und daß der in Vermögensverfall gerathene E die Klage erhoben habe, um das Geld demnächst in eignen Nutzen zu verwenden, und opponirt deßhalb der Klage die Einrede, daß sein Bruder C bereits verstorben und somit das Mandat erloschen sei.

Der Richter legt dem Verklagten den Beweis des replicando geleugneten Todes des C auf.

Der Verklagte deferirt hierüber den Schiedseid, welcher ihm referirt wird.

Nachdem Verklagter diesen Eid in Glaubensform ausgeschworen, ist die Klage wegen fehlender Proceßlegitimation zurückgewiesen und E in die Kosten verurtheilt worden.

Mit Recht hat der Richter bei Prüfung der Klage die Proceßlegitimation des E als durch die vorgelegte Vollmacht nachgewiesen betrachtet und dem Verklagten aufgegeben, sich auf die Klage seines Bruders C zu erklären.

War C wirklich vor Anstellung der Klage bereits verstorben, so hatte dieß zunächst proceßrechtlich die Folge, daß E die seitherige Vertretungsbefugniß in Processen des C[20]) verlor, also auch im vorliegenden Falle die Klage anzustellen nicht berechtigt war. Dagegen war die materielle Wirkung auf den Anspruch selbst die, daß dieser zur Hälfte, nach Maßgabe der Intestaterb-

20) Auch in den Processen der Erben des C, da er nicht deren Vermögensverwalter ist.

portion des B, per confusionem erloschen war. Von dieser letzteren Wirkung konnte jedoch im vorliegenden Rechtsstreite kein Gebrauch gemacht werden; denn, wenn der Tod des C erwiesen war, konnte nur die ganze Klage aus jenem processualischen Grunde zurückgewiesen werden.

Die vom Verklagten vorgeschützte exceptio procuratoria kann lediglich als gegen E vorgeschützt angesehen werden, letzterer hat für seine Person darauf replicirt, ihm ist der Eid zugeschoben und von ihm ist er referirt worden.

Wollte man diesen lediglich als die Mittelsperson ansehen, durch welchen C handelte, so käme man zu der widersinnigen Consequenz, daß Verklagter seinem Gegner das Leben abgeleugnet und doch von ihm einen Eid darüber abverlangt habe, und daß jener, obwohl er durch das Referiren des Eides einen unwiderleglichen Beweis seines Lebens geliefert hatte, es noch vom Eidschwur des Verklagten abhängig machen wolle, ob er lebe oder längst verstorben sei.

Mit Recht hat daher der Richter den Streit über den Legitimationspunkt als lediglich zwischen B und E geführt behandelt und am Schlusse neben der Zurückweisung der Klage den E, und nicht den C, zum Ersatze der Kosten verurtheilt, da E durch sein unbefugtes Auftreten dieselben veranlaßt hat.

Ganz dasselbe processualische Verhältniß waltet ob, wenn der Kläger die Vertretungsbefugniß eines für den Verklagten aufgetretenen Dritten bestreitet, nur mit verschiedener Wirkung, indem hier im Falle des Obsiegs des Klägers lediglich das vom Dritten Vorgebrachte nicht berücksichtigt, dieser aus dem Processe entfernt und zum Ersatze der dem Kläger verursachten Kosten verurtheilt und der Proceß gegen den Verklagten selbst fortgesetzt wird.

Auch hier streitet der Kläger nicht mit dem Verklagten darüber, ob er den Dritten bevollmächtigt habe, sondern mit dem Dritten, ob er vom Verklagten bevollmächtigt sei.

Wird dagegen die Bevollmächtigung selbst nicht vom Gegner angefochten, so werden alle übrigen auf die Stellvertretung bezüglichen Streitpunkte z. B. ob der Mandator nicht persönlich zur Uebernahme des Mandats unfähig sei, lediglich zwischen den Streittheilen verhandelt und entschieden.

II.

Zur Lehre von der Beweisanticipation.

Mit Recht sagt Planck[21]: „das Verbinden der Beweisausführung mit den Handlungen des ersten Verfahrens ist eigentlich dem Grundgedanken des einheimisch deutschen Processes zuwider. — Dagegen ist das Verbinden der Beweise mit der Ausführung der Behauptungen recht eigentlich das Streben des reichskammergerichtlichen nach dem Muster des fremden Rechts gebildeten Processes."

Einerseits blieb dieß Streben in der Ausführung auf halbem Wege stehen, andrerseits widersetzte sich ihm die Praxis in den einzelnen Territorien, zumal nachdem die Durchführung der im altgermanischen Processe begründeten Eventualmaxime die strenge Scheidung der Beweisinstanz vom ersten Verfahren vollzogen hatte.

Die Parteien sind nur befugt, nicht verpflichtet, schon im ersten Verfahren die Beweismittel für ihre Behauptungen zu bezeichnen. Machen sie von dieser Befugniß Gebrauch, so sind weder sie mit der späteren Benutzung anderer Beweismittel präcludirt, noch ist der Richter in der ihm obliegenden Prüfung beengt, ob die vorgebrachten Thatsachen, in Bezug auf welche Beweis angetreten ist, relevant seien, ob sie in Gemäßheit der Erklärung des Gegners auf dieselben als bestritten angesehen werden können, und welcher Partei darüber Beweis aufzulegen sei.

Der Gegner des Beweisanticipanten ist der Regel nach nicht verpflichtet, sich auf die anticipirte Beweisantretung zu erklären, und ist ebensowenig mit der späteren Vorschützung von Beweiseinreden als mit der Führung des direkten Gegenbeweises ausgeschlossen.

Nur die eine Verpflichtung legt ihm auch die Praxis in Gemäßheit des J. R. A. §. 35 und 39 auf, sich auf den anticipirten Urkundenbeweis bei Strafe der Anerkennung zu erklären[22],

21) In seinem trefflichen Werke: die Lehre vom Beweisurtheile S. 358.

22) Mittermaier in diesem Arch. I. S. 187; Planck a. a. O. S. 359; Bayer Vortr. S. 756.

und es hat deßhalb der proceßleitende Richter die entsprechende Auflage an den Gegner des Urkundenbeweisanticipanten zu erlassen.

In Bezug auf dieß Beweißmittel erscheint deßhalb die Beweisanticipation als ein *Versuch*, die Beweisinstanz, wenigstens hinsichtlich der durch Urkunden belegten Thatsachen, überflüssig zu machen.

Welchen Einfluß hat nun die anticipirte Urkundenbeweisführung auf den weiteren Gang des Processes und wie wirkt sie dem Rechte des Gegners gegenüber, wonach dieser erst in der Beweisinstanz von seinen Beweiseinreden und Gegenbeweismitteln Gebrauch zu machen verpflichtet ist?

Es erscheint geeignet, die Beantwortung dieser Fragen an die einzelnen Fälle anzuknüpfen, welche sich je nach dem Verhalten des Anticipaten der anticipirten Urkundenbeweisantretung gegenüber unterscheiden lassen.

I. Der Anticipat *erkennt* die Urkunden *ohne einen Vorbehalt* an.

Hier sind die Folgen die nämlichen, es mag derselbe daneben die Thatsachen, zu deren Beweis die Urkunden vorgelegt sind, *eingestanden* oder *bestritten* haben, nur aus verschiedenen Gründen.

Im ersteren Falle nämlich ist durch das Geständniß die anticipirte Beweisführung selbst überflüssig geworden, da diese immer eventuell, nämlich für den Fall, daß der Gegner die Thatsachen bestreiten werde, unternommen wird. Der Richter hat also hier lediglich die Erheblichkeit der unbestrittenen Thatsachen zu prüfen und das Resultat dieser Prüfung seinen nachherigen Entscheidungen zu Grunde zu legen.

Im letzteren Falle dagegen hat der Richter ebenfalls zu untersuchen, ob die Thatsachen erheblich seien und der Anticipant ihren Beweis zu erbringen habe und, wenn Beides zu bejahen ist, weiter, ob die Thatsachen durch die anerkannten Urkunden auch erwiesen seien.

1) Ist *vollständiger* Beweis erbracht, dann sind die Thatsachen so zu betrachten, als seien sie dennoch vom Gegner eingestanden worden. Der Richter entscheidet auf den Gesammtinhalt des ersten Verfahrens entweder endlich oder er erläßt

ein Beweisinterlokut über andere beſtrittene Behauptungen der Parteien.

Hieraus folgt, daß ein nachheriger direkter Gegenbeweis des Anticipaten nicht mehr zuläſſig iſt. Das Gebiet für die Führung von Beweiſen mehr wird für die Beweisinſtanz durch die Regulirung der Beweisthemen beſtimmt, und an dieſe ſind nach eingetretener Rechtskraft des Interlokuts die Parteien ebenſo wie der Richter gebunden. Die Geſtattung jenes direkten Gegenbeweiſes würde dieß Gebiet erweitern und noch die weitere Folge haben, daß hinter jener Gegenbeweisführung des Anticipaten noch eine Hauptbeweisführung des Anticipanten mit andern Beweismitteln zugelaſſen werden müßte, da er in deren Benutzung durch die anticipirte Beweisführung nicht behindert ſein kann. Dieſer Hauptbeweis ſtünde dann ohne Beweisthema da und das ganze Verfahren in der Beweisinſtanz wäre aus ſeinen Fugen geriſſen.

2) Iſt gar kein Beweis durch die Urkunden erbracht, dann wird die anticipirte Beweisführung als nicht unternommen angeſehen und in gewöhnlicher Weiſe auf Beweis erkannt.

3) Iſt unvollſtändiger Beweis erbracht, dann iſt der Regel nach der Verſuch des Anticipanten, die Beweisinſtanz überflüſſig zu machen, als mißlungen zu betrachten und ebenfalls ein Beweisinterlokut zu erlaſſen, wobei der Anticipant die bereits producirten Urkunden neben andern Beweismitteln gleichfalls benutzen kann. Der Anticipat iſt alsdann ohne Zweifel an die Anerkennung derſelben gebunden. Nur dann iſt ausnahmsweiſe ohne Beweisinterlokut vom Richter auf einen Notheid (einerlei ob auf den Erfüllungs- oder den Reinigungseid) zu erkennen, wenn der Anticipant ausdrücklich erklärt hat, daß er andere Beweismittel als die anticipirten nicht benutzen könne oder wolle.[23])

23) Wenn Planck a. a. O. S. 361 dem Richter die Auflage eines der beiden Notheide ſchon dann geſtattet, wenn aus den Akten ſich mit einiger Sicherheit erkennen laſſe, daß durch das Hineingehen in eine beſondere Beweisinſtanz wegen Mangels fernerer Beweismittel keine weitere Aufklärung ſich erzielen laſſen werde, ſo ſcheint mir dieſe Vorausſetzung (abgeſehen davon, daß es praktiſch unausführbar iſt, das Vorhandenſein oder den Grad dieſer Sicherheit ohne willkürliche Suppoſitionen zu beſtimmen) mit dem Rechte des Anticipanten, alle ſeine Beweismittel auf die Beweisinſtanz aufzuſparen, nicht

Es versteht sich hierbei von selbst, daß, wenn über andere Thatsachen die Beweisinstanz eröffnet werden muß, diese Auflage eines Notheides bis zum Erkenntniß nach geschlossenem Beweisverfahren aufgeschoben werden muß.

II. Der Anticipat erklärt sich nicht auf die Urkunden.

Hier sind diese in seinen Ungehorsam als anerkannt zu betrachten und es kommen die unter I entwickelten Grundsätze zur Anwendung.

Jene Strafe des Ungehorsams kann jedoch nur dann eintreten, wenn

1) der Anticipat als Verklagter verpflichtet war, auf die Klagthatsachen, zu welchen der Beweis vom Kläger mittelst Urkunden anticipirt ist, sich zu erklären. Hat er eine proceßhindernde Einrede vorgeschützt, ohne zugleich die Litiscontestation eventuell zu vollziehen, so kann man ihn nicht für verpflichtet ansehen, sich auf die Urkunden des Anticipanten zu erklären[24]; denn diese Verbindlichkeit ist ein reines Accessorium der Hauptverbindlichkeit, auf die Klagthatsachen zu antworten, wie dieß auch der J. R. A. §. 37 und 39 ergibt.

2) wenn die vorgelegten Urkunden so beschaffen sind, daß darauf der Anticipat, wenn sie erst in der Beweisinstanz vorgelegt würden, sich unter dem Präjudiz der Anerkennung erklären müßte; denn seine Verpflichtung kann für die anticipirte Beweisführung nicht eine strengere sein als die im Falle der regelmäßigen Urkundenbeweisführung dem Probaten obliegende Verpflichtung.

III. Der Anticipat macht von einem der in der Beweisinstanz dem Probaten zu Gebote stehenden Mittel Gebrauch, um die vom Anticipanten producirte Urkunde zu beseitigen oder zu entkräften.

Geschieht dieß, dann ist der Zweck vereitelt, neben den Parteivorträgen im ersten Verfahren durch Vorlage von Urkunden einerseits und einfache Erklärung auf deren Aechtheit andrerseits ohne Verzögerung der Haupthandlungen und ohne weitere störende Einmischung von Beweishandlungen in das erste Verfahren den Beweis einer bestrittenen Behauptung herzustellen.

---

wohl vereinbar zu sein. Auf dieß Recht braucht der Richter nur dann keine Rücksicht zu nehmen, wenn darauf verzichtet ist.

24) Mittermaier a. a. O. S. 185.

Der Richter hat hier zur Aufrechthaltung der Ordnung im Proceßgange die anticipirte Beweisführung ganz unberücksichtigt zu lassen, ein Beweisinterlokut hinsichtlich aller bestrittenen Thatumstände zu ertheilen, und es steht den Parteien frei, in der Beweisinstanz am gehörigen Orte auf die anticipirten Beweismittel Bezug zu nehmen.

Dieß ist der Fall,

1) wenn der Anticipat der vom Anticipanten producirten öffentlichen Urkunde oder der anerkannten Privaturkunde die Einrede der Fälschung u. s. w. entgegensetzt.

Hier darf weder der Anticipant in der Benutzung anderer Beweismittel für die bestrittene Thatsache, deren er sich im Vertrauen auf die Beweiskraft der producirten Urkunde oder wegen ihrer Untauglichkeit zur anticipirten Beweisführung nicht bedient hatte, noch auch der Anticipat in der unbeschränkten Benutzung aller Beweismittel zur Bewahrheitung seiner Einrede beengt werden. Beides ist nur dadurch zu ermöglichen, daß die Beweisinstanz in gewöhnlicher Weise eröffnet wird.[25])

---

25) Deßhalb halte ich auch in dem von Planck a. a. O. S. 294 aufgeführten Beispiele seine Fassung des Beweissatzes für unrichtig, weil sie den Kläger benachtheiligt. „Kläger fordert — so lautet dieß Beispiel — vom Beklagten als Erben ein Darlehn von 200 Rthlr. zurück, welches er dem Erblasser desselben vorgeliehen haben will. Er producirt zugleich einen vom Erblasser unterschriebenen Schuldschein. Beklagter räumt ein, Erbe zu sein, läugnet indeß die Schuld des Erblassers, erkennt die Unterschrift der Urkunde nichts desto weniger als ächt an, sucht aber auszuführen, daß der darüber stehende Schuldschein erst später darüber geschrieben sei, während ursprünglich die Unterschrift sich nur auf dem letzten Blatte eines vom Erblasser geschriebenen Briefes tief unten befunden habe, welcher Brief abgeschnitten sei, um den Betrug ins Werk zu richten. Kläger stellt dieß Alles in Abrede." Planck will den Beweissatz so fassen: Beklagter ist schuldig, u. s. w. (den Inhalt jener Einrede zu beweisen), er könnte und wollte dann binnen O. F. den Gegenbeweis dahin führen, daß sein Erblasser N. vom Kläger die libellirten 200 Rthlr. als Darlehn nicht empfangen habe.

M. E. ist dem Kläger die Hingabe des Darlehns an den beklagtischen Erblasser zu Beweis zu verstellen. Nimmt er beim Beweisantritte, wobei er sich aller sonstigen, noch nicht benutzten Beweismittel bedienen kann, auf die schon producirte Urkunde Bezug, dann hat der Verklagte demnächst auf seine schon früher vorgebrachte Beweiseinrede zu rekurriren und sie im Falle des

In dieſer können alsdann die Parteien am gehörigen Orte von dem früher benutzten Material Gebrauch machen und es verſteht ſich auch hier von ſelbſt, daß der Anticipat an die früher erfolgte Anerkennung einer Urkunde, wenn dieſe vom Anticipanten in der Beweisinſtanz wiederholt benutzt wird, gebunden iſt.

2) Der Anticipat leugnet die Aechtheit der producirten Privaturkunde und erbietet ſich zum Diffeſſionseide.

In dieſem Falle hat der Anticipant, neben der Befugniß, die Wahrheit der beſtrittenen Thatſache durch andere Beweismittel darzuthun, noch das Recht, der Ausſchwörung des Diffeſſionseides durch den Aechtheitsbeweis mittelſt Zeugen und Schreibverſtändiger zuvorzukommen. Zu dieſem Beweiſe braucht er ſich während des erſten Verfahrens nicht zu erbieten, weil weder der Anticipat zu einer Erklärung auf ſolche Beweismittel verpflichtet noch in dieſem Stadium des Verfahrens für deren Realproduktion Raum geboten iſt.

Es wird deßhalb auch hier zum Erlaſſe eines Beweisinterlokuts kommen müſſen.

Wie aber, wenn der Anticipat die Aechtheit der Privaturkunde zwar beſtreitet, ſich aber nicht zum Diffeſſionseide erbietet? Nach dem Gerichtsgebrauche wird in der Beweisinſtanz eine ſolche Erklärung als mangelhaft betrachtet und hat die Annahme der Recognition zur Folge. Dagegen wird man im erſten Verfahren das Erbieten zum Diffeſſionseide, wodurch das Beweisinterlokut doch nicht erübrigt würde, für unweſentlich zu halten und die Urkunde nicht als anerkannt zu behandeln haben.

3) Der Anticipat tritt direkten Gegenbeweis an oder behält ſich deſſen Führung vor.

In beiden Fällen muß ein Beweisinterlokut erlaſſen werden, wie wenn Beweis nicht anticipirt worden wäre, im erſteren deßhalb, weil der Anticipant zu einer Erklärung auf andere Gegenbeweismittel als Urkunden nicht verbunden iſt, andererſeits der Anticipat zu einer vollſtändigen Angabe ſeiner Gegenbeweismittel durch peremtoriſches Dekret nicht genöthigt worden war und

---

Leugnens des Klägers zu beweiſen, ſofern ihn das Reſultat der etwa eingeleitet werdenden Criminalunterſuchung nicht des Beweiſes überhebt.

weil dem Anticipanten Gelegenheit gegeben werden muß, auch von anderen Beweismitteln als von den producirten Urkunden zur Führung des Hauptbeweises Gebrauch zu machen; im letzteren Falle dagegen deßhalb, weil der Anticipat ausdrücklich seine Befugniß geltend macht, erst in der Beweisinstanz die Unwahrheit des gegnerischen Hauptbeweisthemas darzuthun. Ganz unrichtig wäre es in beiden Fällen, den Hauptbeweis als durch die vom Anticipanten producirten Urkunden vorläufig erbracht anzusehen und die Beweisinstanz lediglich zur Führung des Gegenbeweises zu eröffnen. Dem Anticipanten würde alsdann, wenn er seine übrigen Beweismittel gebrauchen wollte, dazu vom Richter keine Gelegenheit geboten werden oder es würde, wenn er jene unaufgefordert benutzte, die Thätigkeit der Parteien aus ihrem richtigen Geleise gerathen und der Gang der Verhandlungen in der Beweisinstanz in sehr störender Weise alterirt werden.

Aus dieser ganzen Erörterung dürfte sich ergeben, daß eine anticipirte Beweisführung mittelst Urkunden nur dann ohne Beeinträchtigung der beiderseitigen processualischen Befugnisse und ohne Einmischung verfrühter und deßhalb ungehöriger Parteiverhandlungen in das erste Verfahren die Beweisinstanz erübrigt oder auf ein engeres Gebiet beschränkt und deßhalb von praktischem Nutzen ist, wenn auf die vorgelegten Urkunden eine unumwundene Anerkennung erfolgt oder diese in contumaciam zu fingiren ist.

Auch vermag ich die Ansicht Plank's[26]) nicht zu theilen, welcher die bloß geduldete Existenz der anticipirten Beweisführung im gemeinen deutschen Processe zu bedauern scheint und der Doktrin eine stiefmütterliche Behandlung dieser Beweisführung vorwirft. Durch das Beweisinterlokut wird eine feste Basis für die weiteren Operationen der Parteien gelegt. Der Richter spricht sich darüber aus, welche von den beiderseitigen faktischen Behauptungen relevant und bestritten sind, worüber er und von wem er Beweis erwartert. Die richtige Beurtheilung jener Behauptungen wird dadurch gesichert, daß von ihnen nutzlose Verhandlungen über

---

26) A. a. O. S. 359.

Beweismittel, die doch erſt ſpäter producirt werden können, möglichſt fern gehalten werden. In richtiger Erkenntniß der Gefahr, welche der Proceßleitung und Entſcheidung aus einer Ueberladung des erſten Verfahrens droht, haben daher Doktrin und Praxis die anticipirte Beweisführung in ſehr enge Grenzen eingeſchloſſen.

In neueren Proceßgeſetzen iſt die Verbindung der Verhandlungen in der Beweisinſtanz bis zum Produktionsbeſcheide mit den Handlungen des erſten Verfahrens vorgeſchrieben.[27])

Will indeſſen eine Geſetzgebung die jedenfalls problematiſchen Vortheile, welche man aus einer ſolchen Verbindung namentlich für die Abkürzung der Rechtsſtreittigkeiten zu erzielen ſtrebt, auch wirklich erreichen, ſo darf ſie m. E. nicht auf halbem Wege ſtehen bleiben, ſie muß insbeſondere Präcluſiv-Friſten oder Termine für die zu verbindenden Beweishandlungen vorſchreiben.[28]) Geſchieht dieß nicht, ſo hat der Streittheil oder ſein Vertreter, welchem die raſchere Erledigung des Proceſſes nicht convenirt, es in der Hand, nach Ertheilung des Beweisinterlokuts weitere Beweis- oder Gegenbeweismittel zu benutzen, und die Beweisinſtanz wird alsdann nicht abgekürzt, ſondern zum Theil verdoppelt.

VII.

Ueber das interdictum und die exceptio quod vi aut clam, mit erläuternden Rechtsfällen.

Von

Herrn Dr. Friedrich Zimmermann
Hofgerichtsrath in Gießen.

§. 1.

Das interdictum quod vi ſetzt voraus, daß das Verbot, der Einſpruch, gegen eine dem Verbietenden ſchädliche Neuerung an

27) So in Kurheſſen durch proviſ. Geſetz vom 22. Juni 1851. §. 55, 57, 58, nach dem Vorgange der Preuß. Geſetzgebung.

28) Dieß thut das erwähnte kurheſſ. Geſetz nicht (§. 61), ſondern es verlegt die Präcluſion in den mündlichen Verhandlungstermin.